実務　知的財産法講義
〔新版〕

特別版

■ 問題分析 ■

発行　民事法研究会

1　新司法試験サンプル問題（知的財産法）
〈 http://www.moj.go.jp/content/000002104.pdf 〉

＊法務省ホームページ→「資格•採用情報」→「司法試験」→「研究調査会•問題検討会•プレテスト（模擬試験）」→「新司法試験問題検討会」→「新司法試験（選択科目）における具体的なイメージ（サンプル問題等）」→［新司法試験サンプル問題→平成18年から実施される司法試験（選択科目）における具体的な出題のイメージ（サンプル問題）知的財産法］

○科目全般について

知的財産法においては、特許法と著作権法の２法を中心として出題することとし、実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法等については、それ自体の知識や法律上の論点を問うことはしない。（中略）

なお、特許法については、「総則」（目的、定義、補正関係）、「特許及び特許出願」（特許の要件、発明の新規性の喪失の例外、特許を受ける権利、職務発明、特許出願、共同出願、先願）、「審査」（拒絶の査定、拒絶理由の通知）、「出願公開」（出願公開の効果等）、「特許権」（特許権の効力、特許権の効力が及ばない範囲、特許発明の技術的範囲、他人の特許発明等との関係、共有に係る特許権、専用実施権、通常実施権、先使用による通常実施権、登録の効果）、「権利侵害」、「審判」（拒絶査定不服審判、特許無効審判、訂正審判、共同審判、訂正の請求関係、職権による審理、審決の効力、訴訟との関係）及び「訴訟」を中心として出題する。また、著作権法については、「総則」（目的、定義）、「著作者の権利」（「著作物」、「著作者」、「権利の内容」、「著作者人格権の一身専属性等」、「著作権の譲渡及び消滅」、「権利の行使」）及び「権利侵害」を中心として出題する。

2　司法試験問題（平成18年～23年）と設問の趣旨

以下の「問題」および「設問の趣旨」は法務省ホームページで公表されたものである。

＊「問題」 法務省ホームページ→「資格•採用情報」→「司法試験」→「司法試験の実施について」→各年度→「試験問題」→「論文式試験（選択科目）知的財産法」

＊「設問の趣旨」 法務省ホームページ→「資格・採用情報」→「司法試験」→「司法試験の結果について」→各年度→「論文式試験出題の趣旨」知的財産法

【コメント】には本書該当項目および参考裁判例を記入した。

≪特許法≫

平成23年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000073975.pdf 〉14頁

〔第１問〕（配点：50）

Ａは、物の発明αについて、日本の特許権（以下「本件特許権」という。）及び甲国の特許権（以下「甲国特許権」という。）を有している。Ａは、日本でも甲国でも、その有する特許権の実施料収入を得るほかは、事業活動を全く行っていない。日本においては、Ａは、本件特許権について、Ｂに対して東日本地域における独占的通常実施権を許諾し、Ｃに対して西日本地域における独占的通常実施権を許諾している。ＢとＣは、いずれも発明αの実施品を製造販売している。他方、甲国においては、Ａは、甲国特許権について、Ｄに対して発明αの実施を独占的に許諾している。ＡとＤの間の実施許諾契約では、Ｄが発明αの実施品を販売する地域を甲国に限ること、その実施品には「甲国外への輸出を禁止する」という表示を付すこと、直接の販売先には甲国外に輸出しないことを同意させること、がいずれもＤに義務付けられている。Ｄは、甲国内において、発明αの実施品を製造し、これをＥに販売している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

１．Ｂは秋田県において発明αの実施品を製造販売し、Ｆがこれを購入して岡山県において販売している。Ａは、Ｆに対して差止請求をすることができるか。

２．Ｂは宮崎県において発明αの実施品を製造販売し、Ｇがこれを購入して鹿児島県において販売している。ＡがＧに対して差止請求をした場合、これに対するＧの反論としていかなる主張が考えられるか。

３．ＥはＤから購入した発明αの実施品を日本に輸出し、Ｈがこれを購入して高知県において販売している。

⑴　Ｄが、Ａとの契約に違反して、その製造する発明αの実施品に「甲国外への輸出を禁止する」という表示を付していなかった場合、Ａは、Ｈに対して差止請求をすることができるか。

⑵　Ｄは、Ａとの契約に従い、その製造する発明αの実施品に「甲国外への輸出を禁止する」という表示を付していたが、Ｅがその表示を抹消した上でＨに販売している場合、Ａは、Ｈに対して差止請求をすることができるか。

４．上記３．のＨの行為が本件特許権の侵害となるとした場合、Ａ及びＣは、Ｈに対して、特許法第102条第１項、第２項又は第３項を用いて損害額を算定してその賠償を請求することができるか。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000079571.pdf 〉17頁

〔第１問〕

設問１から設問３は、いわゆる消尽論に関する問題の理解を問うものであり、設問４は、特許権侵害による損害の額の推定等を定める特許法第102条第１項から第３項までの適用ないし類推適用に関する問題の理解を問うものである。

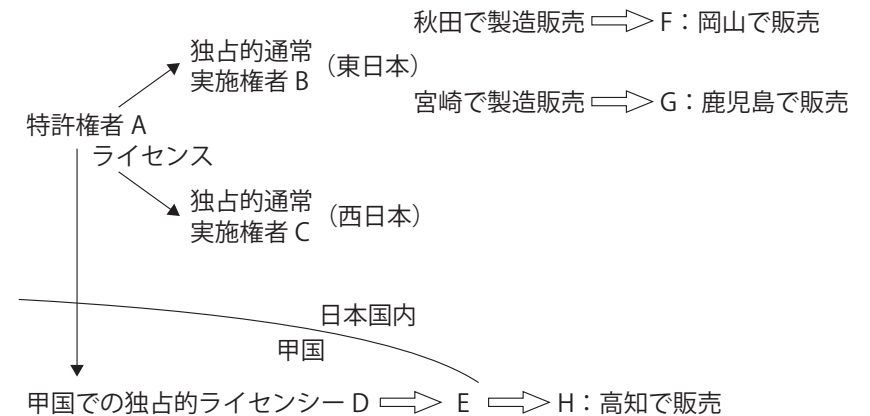
設問１は、地域的に制限された独占的通常実施権を許諾された者が許諾地域内で製造販売した製品を、他者が許諾地域外で販売する行為を問題とするものである。（国内）消尽論（最判平成９年７月１日民集51巻６号2299頁、最判平成19年11月８日民集61巻８号2989頁参照）を説明した上で、その考え方に基づいて当該行為が侵害となるかどうかの結論を導くことが求められる。

設問２は、地域的に制限された独占的通常実施権を許諾された者が許諾地域外で製造販売した製品を、他者が許諾地域外で販売する行為を問題とするものである。設問１とは異なり、問題となる製品は適法に製造販売されたものではない。当該製品の販売に対する特許権者の差止請求を否定するための主張としては、幾つかのものが考えられようが、当該製品にも消尽論が及ぶ

等の消尽論に関連付けた主張の場合には、消尽論の根拠にまで遡って可能な限り説得的な論拠を探求し、それを提示することが求められる。

設問３は、Ａから甲国特許権について実施許諾を受けたＤが甲国において製造販売した製品を、Ｈが我が国において販売する行為を問題とするものであり、このような行為が特許権侵害となるか否かについて判示した最高裁判所の判決（最判平成９年７月１日民集51巻６号2299頁）を踏まえた論述が求められる。上記判決は、「我が国の特許権者又はこれと同視し得る者が国外において特許製品を譲渡した場合」を対象としたものであるところ、Ｄが「我が国の特許権者……と同視し得る者」に当たるかどうかを論じる必要があろう。そして、Ｄがその製造する製品に「甲国外への輸出を禁止する」という表示を付していなかった場合、及びＤは当該表示を付したが、Ｄからその製品を購入したＥが当該表示を抹消した場合の特許権侵害の成否について、上記判決の考え方の根拠に遡って検討する必要がある。また、その検討においては、これら二つの場合を対比することが期待される。

設問４は、特許権者及び独占的通常実施権者の損害賠償請求に関するものである。Ａは、特許権者であるが、Ｃに独占的通常実施権を許諾し、特許権の実施料収入を得るほかは事業活動を全く行っておらず、そのような特許権者が損害賠償請求をする場合、特許法第102条第１項、第２項又は第３項に基づいて損害額の算定をすることができるかどうかについて論述することが求められる。また、Ｃは、特許発明の実施品を製造販売している独占的通常実施権者であるところ、独占的通常実施権者が特許権侵害者に対して損害賠償を請求することができるかどうか、請求できるとすると、特許法第102条第１項、第２項又は第３項が類推適用され、これらの規定に基づいて損害額の算定をすることができるかどうかについて論述することが求められる。さらに、Ａの損害賠償請求とＣの損害賠償請求との関係についても論ずることが望ましい。

【コメント】

・国内および国際消尽について　論点❾
・損害額の推定について　論点⓴
・独占的通常実施権者による損害賠償請求について　論点⓯

平成22年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000046907.pdf 〉14頁

〔第１問〕（配点：50）

甲及び乙は、物の発明であるα発明について、2005年２月３日に特許出願を行い、2007年５月14日に特許権の設定登録を受け、現在、同特許権を共有している。α発明は、構成要件Ａ、Ｂ及びＣから成るものである。丙は、2008年８月20日から、ａ、ｂ’及びｃの構成を有する製品（以下「イ号製品」という。）と、ａ、ｂ及びｃ’の構成を有する製品（以下「ロ号製品」という。）を製造販売している。ａは構成要件Ａを充足し、ｂは構成要件Ｂを充足し、ｃは構成要件Ｃを充足するが、ｂ’は構成要件Ｂを充足せず、ｃ’は構成要件Ｃを充足しない。もっとも、イ号製品及びロ号製品のいずれにおいても、α発明の目的を達することができ、同一の作用効果を奏する。丁は、2009年10月１日から、ロ号製品と同一の製品（以下「ハ号製品」という。）を製造販売している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

１．ａ、ｂ’及びｃの構成は、2005年２月３日の時点における公知技術と同一ではなく、α発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（以下「当業者」という。）が同日の時点において公知技術から容易に推考できたものでもなかったが、戊により2003年10月６日に行われ、2005年４月６日に出願公開された特許出願の願書に最初に添付した明細書に記載されていた。丙のイ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。

２．α発明における構成要件Ｃをｃ’に置き換えることは、2008年８月20日の時点では当業者が容易に想到することができるものではなかった。しかしながら、ロ号製品を解析すれば、それがａ、ｂ及びｃ’の構成を有するものであることは格別の困難なく知ることができた。丙のロ号製品の製造販売及び丁のハ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。

３．丁のハ号製品の製造は乙の依頼によるもので、丁はその製造したハ号製品すべてを乙に納入しているとする。丁のハ号製品の製造販売に対する、甲の差止請求は認められるか。甲と乙が、甲のみがα発明の実施をすることを合意していた場合は、どうか。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000054317.pdf 〉12頁

〔第１問〕

設問１は、丙のイ号製品の製造販売が甲及び乙が共有する特許権を侵害するか否か、また、設問２は、丙のロ号製品の製造販売及び丁のハ号製品の製造販売が当該特許権を侵害するか否かについて論述させるものである。当該特許権の特許請求の範囲に記載された構成中にこれらの製品と異なる部分が存在するのであり、設問１及び設問２は、いわゆる均等論に関する理解を問うものである。

設問１においては、最高裁判所の判決（最判平成10年２月24日民集52巻１号113頁）が述べた、均等論の第４要件が問題となろう。イ号製品は、ａ、ｂ’及びｃの構成を有する製品であるところ、同構成については、戊の特許出願の願書に最初に添付した明細書に記載されていたため、甲及び乙の特許出願時には、特許法第29条の２により、甲及び乙は特許を受けることができなかったはずのものであった。上記判例の文言によれば、第４要件は、「対象製品等が、特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者がこれから右出願時に容易に推考できたものではな」いというものであるが、その根拠として述べられていることを踏まえて、イ号製品について第４要件が充足されるか否かについて論述することが求められる。

設問２においては、上記判例が述べた、均等論の第３要件が問題となろう。同判例において、第３要件の判断基準時は「対象製品等の製造等の時点」と述べられているところ、α発明における構成要件Ｃをｃ’に置き換えることは、丙がロ号製品の製造販売を開始した2008年８月20日の時点では当業者が容易に想到することができるものではなかったが、ロ号製品を解析すれば、それがａ、ｂ及びｃ’の構成を有するものであることは格別の困難なく知る

ことができたという事実関係から、丁がハ号製品の製造販売を開始した2009年10月１日の時点では当業者が容易に想到することができたものになっていたと考えられる。この点に基づいて、「対象製品等の製造等の時点」の意義を明らかにした上で、ロ号製品及びハ号製品について第３要件が充足されるか否かについて論述することが求められる。なお、両者の結論が異なるにせよ同じであるにせよ、その妥当性についても検討することが望まれる。

設問３は、特許権が共有に係る場合のその特許発明の実施に関するものである。丁のハ号製品の製造は乙の依頼によるもので、丁はその製造したハ号製品すべてを乙に納入しているという事実関係の下で、丁の実施を乙の実施と同視することの可能性、また、甲と乙が甲のみがα発明の実施をすることを合意していた場合と特許法第73条第２項の「契約で別段の定をした場合」との関係の検討を通じて、甲の差止請求の可否について論じることが求められる。

【コメント】

2003年10月６日		戊：ａ，ｂ’，ｃを出願
2005年２月３日	甲乙：α発明（Ａ，Ｂ，Ｃ）を出願	
2005年４月６日		戊：ａ，ｂ’，ｃが出願公開される
2007年５月14日	甲乙：α発明の特許設定登録	
2008年８月20日		丙：イ号（ａ，ｂ’，ｃ）を製造販売
同日		丙：ロ号（ａ，ｂ，ｃ’）を製造販売
2009年10月１日		丁：ハ号（ロ号と同じ）を製造販売

・均等論について　論点⓬
・特許法29条の２について　概要Ｉ４(5)（19頁〜20頁）
・共有者による実施について　論点⓭

平成21年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006457.pdf 〉16頁

〔第１問〕（配点：50）

Ａ社とＢ社は、新型インフルエンザの感染の有無を検査する試薬を共同開発することとし、Ａ社の従業員甲とＢ社の従業員乙が、共同研究を行い、α試薬を発明した。Ａ社の勤務規則には、従業員が発明をするに至った行為がその職務に属するときは、当該発明についての特許を受ける権利はＡ社が承継する旨の定めがあった。また、Ｂ社の勤務規則にも、これと同様の定めがあった。

以上の事実関係を前提に、以下の各設問に答えよ。ただし、各設問に記載した追加的な事実関係は別個の独立したものである。

〔設問１〕

甲は、α試薬の発明について一緒に特許出願をしようと乙に持ちかけたところ、乙は、乙の特許を受ける権利はＢ社に帰属するので、特許出願はＢ社で行いたいと述べた。しかし、甲が甲及び乙の名義で特許出願をすることに固執した結果、甲と乙が共同でα試薬の発明について特許出願をした。

１．Ａ社及びＢ社は、甲又は乙に対し、どのような請求をすることができるか。また、甲及び乙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた場合はどうか。

２．甲及び乙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた後、Ｂ社がα試薬の製造販売を開始した場合、甲は、Ｂ社に対し、α試薬の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるか。

〔設問２〕

甲は、α試薬について、共同研究に関与していなかったＡ社の同僚の丙に評価を求めたところ、丙は、無断で、α試薬の発明を自己の単独発明として特許出願をした。

甲、乙、Ａ社又はＢ社は、丙に対し、どのような請求をすることができるか。また、丙が前記特許出願について特許権の設定登録を受けた場合はどう

か。

α試薬の発明を自己の単独発明として特許出願をしたのが、丙ではなく、甲であった場合と対比して論ぜよ。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006469.pdf 〉12頁

〔第１問〕

特許を受ける権利は発明者に原始的に帰属するが、当該発明が職務発明（特許法第35条第１項）に当たる場合には、あらかじめ契約、勤務規則その他の定めにより特許を受ける権利を発明者の使用者等に承継させることを定めることができる。

特許出願後の特許を受ける権利の承継は、相続その他の一般承継の場合を除き、特許庁長官への届出が効力要件とされ（特許法第34条第４項）、また、特許権の移転は、相続その他の一般承継の場合を除き、登録が効力要件とされる（特許法第98条第１項第１号）。なお、特許を受ける権利の承継の届出（出願人名義変更届）は、譲受人が権利の承継を証明する書面を添付することにより、単独で行うことができ、また、特許権の移転登録手続は、譲渡人と譲受人との共同申請によることを原則とするが、移転登録手続を命じる判決によるときは譲受人が単独で行うことができる。

そして、特許を受ける権利又は特許権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡することができない（特許法第33条第３項、第73条第１項）。

以上を前提に、本問は、共同発明が職務発明である場合の法律関係を問うものである。

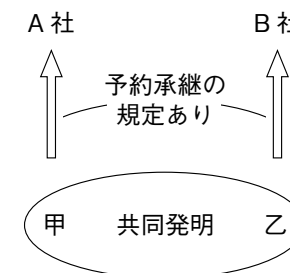
設問１の１では、α試薬の発明は、甲及び乙の共同発明であるとともに、甲とＡ社との関係、乙とＢ社との関係ではそれぞれ職務発明となることを把握した上で、Ａ社及びＢ社がα試薬の発明の特許を受ける権利を承継するかどうか、承継するとした場合あるいは承継しないとした場合に、Ａ社及びＢ社は、甲及び乙にいかなる請求をすることができるかについて、本問の事実

関係に即して論じる必要がある。Ａ社及びＢ社が特許を受ける権利を承継するとした場合には、後記の最高裁判所の判決を踏まえた論述が求められる。

設問１の２では、甲のＢ社に対するα試薬の製造販売の差止請求及び損害賠償請求の可否を論じるに当たり、Ｂ社は、職務発明に基づく通常実施権を有するか等について検討する必要がある。

設問２は、共同発明について冒認出願がされた場合における真の権利者の救済手続についての理解を問うものである。特許出願をした特許を受ける権利の共有者の一人の承継人であると称して特許権の設定登録を受けた無権利者に対する当該特許権の持分の移転登録手続請求を認めた最高裁判所の判決（最判平成13年６月12日民集55巻４号793頁・生ゴミ処理装置事件）を踏まえた論述が求められる。

論述を展開するに当たっては、発明者でない丙が無断で特許出願をした場合と共同発明者の一人である甲が無断で単独出願をした場合との対比が必要となる。なお、設問では甲、乙、Ａ社又はＢ社の丙に対する請求について問われているので、設問１の１で検討したように、Ａ社及びＢ社がα試薬の発明の特許を受ける権利を承継するか否かが論述の前提となる。

【コメント】

設問１：甲乙が共同出願→設定登録：Ａ社・Ｂ社は甲乙にどんな請求？
　　　　Ｂ社が製造販売：甲は差止・損害賠償可能？

設問２：丙が丙を発明者として単独出願→設定登録：甲・乙・Ａ社・Ｂ社は丙にどんな請求？

（対比）甲が甲を発明者として単独出願した場合

・特許を受ける権利の対抗関係について　特許論点❹、知財高判平22・２・24判時2102号98頁・特百選26事件
・職務発明について　論点❺
・共同出願について　論点❻
・冒認出願について　論点❹

平成20年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006417.pdf 〉16頁

〔第１問〕（配点：50）

以下の事実関係を前提として、後記の設問に答えよ。

【事実関係】

甲は、傘生地に特殊の樹脂を塗布する防水加工を施すことにより、防水効果を発揮することを特徴とする傘の発明（以下「甲発明」という。）の特許権を有している。

乙は、甲発明の特許権について、その存続期間全部に対応する実施料全額を甲に一括して支払って、甲から、専用実施権の設定を受け、甲発明の実施品であるＡ傘の製造販売をしている。

一方で、丙は、甲発明の特許出願がされた後、独自に開発した紫外線を吸収する傘生地に、上記特殊の樹脂を特定の温度条件で塗布する防水加工を施すことにより、紫外線カット（ＵＶカット）効果及び防水効果を共に発揮する傘の発明（以下「丙発明」という。）の特許出願をし、特許権の設定登録を受けた。

丁は、丙から、丙発明の特許権について通常実施権の許諾を受け、丙発明の実施品であるＢ傘の製造販売を開始した。

〔設問１〕

甲と乙は、それぞれ丁に対し、Ｂ傘の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるか。

〔設問２〕

１．丁は、丙発明の特許について、特許無効審判を請求することができるか。

２．⑴　丙発明の特許を無効とする審決が確定した場合、丁は、丙に対し、既払の実施料の返還を請求することができるか。

⑵　また、前記⑴の審決の確定前の期間に対応する実施料に未払があった場合、丙は、丁に対し、その未払分の実施料の支払を請求することができるか。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006426.pdf 〉11頁

〔第１問〕

設問１は、特許権者が特許権の存続期間全部に対応する実施料全額の一括支払を受けて専用実施権を設定した場合における特許権者及び専用実施権者の差止請求権（特許法第100条第１項）及び損害賠償請求権に関する理解を問うものである。専用実施権を設定した特許権者の差止請求の可否について判示した最高裁判所の判決（最判平成17年６月17日民集59巻５号1074頁）を踏まえた論述が求められる。

具体的には、丁が製造販売するＢ傘が、甲発明の技術的範囲（特許法第70条）に属するかどうかをまず検討した上で、甲発明の特許権者甲が、丁に対し、Ｂ傘の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるかどうか、甲から専用実施権の設定を受けた乙が、丁に対し、Ｂ傘の製造販売の差止め及び損害賠償を請求することができるかどうか等について、本問の事実関係に即して論じなければならない。

設問２の１は、通常実施権者が特許無効審判の請求人適格（特許法第123条第２項）を有するかどうかについて問うものである。また、設問２の２は、特許を無効とする審決が確定した場合、特許権は初めから存在しなかったものとみなされること（特許法第125条）との関係で、小問⑴では、通常実施権者が、特許権者に対し、既払の実施料の返還を請求することができるかどうかについて、小問⑵では、特許権者が、通常実施権者に対し、当該審決の確定前の期間に対応する実施料の未払分の支払を請求することができるかどうかについて、それぞれ問うものである。

【コメント】

甲（甲発明の特許権者）⇨ 乙（専用実施権者）：Ａ傘（甲発明の実施品）を製造販売

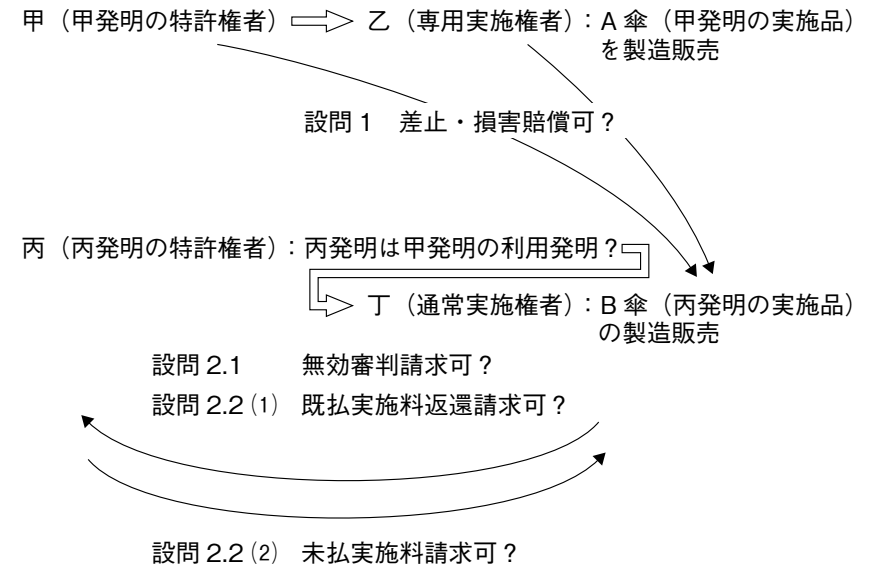
設問１　差止・損害賠償可？

丙（丙発明の特許権者）：丙発明は甲発明の利用発明？

⇨ 丁（通常実施権者）：Ｂ傘（丙発明の実施品）の製造販売

設問 2.1　無効審判請求可？

設問 2.2 ⑴　既払実施料返還請求可？

設問 2.2 ⑵　未払実施料請求可？

・専用実施権を設定した特許権者の差止請求権について　論点⓮

・無効審判の請求人適格について　概要Ⅰ６⑶（35頁）

・無効審判の効力について　概要Ⅰ６⑶（36頁）

・既払実施料の返還義務について　東京地判昭57・11・29判時1070号94頁、大阪地判昭52・１・28判タ353号272頁

平成19年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006377.pdf 〉16頁

〔第１問〕（配点：50）

以下の事実関係を前提として、後記の設問に答えよ。

【事実関係】

⑴　甲は、平成12年７月、符号化データの蓄積・転送装置に関する発明（以下「本件発明」という。）の特許出願をし、平成14年１月にその特許出願につき出願公開がされた後、平成15年１月20日、本件発明について特許権の設定登録を受けた。

乙は、平成12年10月から、本件発明の技術的範囲に属する携帯電話βの製造販売を開始し、現在（平成19年５月16日）も、その製造販売を継続している。その間の平成14年２月、甲は、乙に対し、携帯電話βの製造販売につき、本件発明の内容を記載した警告書面を送付した。

⑵　乙による携帯電話βの製造販売については、次のような事情があった。

乙は、平成12年２月、知人のＡから、符号化データの蓄積・転送装置の技術に関する論文（以下「本件論文」という。）のコピーを入手したことを契機に、本件論文記載の技術を用いて携帯電話の製造販売事業を行うことを企画した。

そして、乙は、本件発明の特許出願時までに、乙の工場内で試作品の携帯電話αを製造するとともに、携帯電話αを一部改良した携帯電話βの設計図面も作成していた。その後、携帯電話βについて、前記⑴のとおり製造販売が開始されたが、携帯電話αについては販売に至らなかった。

本件論文は、Ａが、自己の研究の成果を記載して作成し、平成12年１月、Ａを含む会員６名で構成される先端技術に関する私的研究会の席上で各会員に交付したものであった。

〔設問〕

１．甲の乙に対する訴訟上の請求として考えられるものについて論ぜよ。

２．乙が甲の請求に対して主張することができる抗弁を検討し、その上で、甲の請求がいかなる範囲で認められるかについて論ぜよ。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006385.pdf 〉９頁

〔第１問〕

設問１では、問題文から読み取れる事実関係を条文に当てはめて、甲の訴訟上の請求として、物の発明である本件発明の特許権に基づく差止請求、特許権侵害の不法行為による損害賠償請求、不当利得返還請求、出願公開の効果としての補償金請求が考えられることを簡潔に論述し、設問２では、甲の各請求に対する抗弁（消滅時効の抗弁、権利行使の制限の抗弁、先使用の抗弁）及びその成否をそれぞれ検討した上で、各請求がいかなる範囲で認められるかについて論述する必要がある。抗弁の成否の検討のポイントは、以下のとおりである。

まず、消滅時効の抗弁については、不法行為による損害賠償請求権の消滅時効の時効期間は３年であり（民法第724条）、補償金請求権につき不法行為の規定が準用されていることから（特許法第65条第５項）、甲の損害賠償請求権（一部）及び補償金請求権（全部）について消滅時効が完成していることを論じることが求められる。なお、消滅時効の抗弁により損害賠償請求ができない期間に係る部分についても、不当利得返還請求権を行使できることを明示することが望まれる。

次に、権利行使の制限の抗弁（特許法第104条の３第１項）については、本件発明の特許の無効理由（特許法第29条違反）の存否について論じることが求められ、主として、本件論文がＡによって各会員に交付されたこと及びその後乙がＡからそのコピーを入手したことにより、本件発明が出願前に「公然知られた発明」（特許法第29条第１項第１号）となったかどうか、また、本件発明が出願前に「頒布された刊行物に記載された発明」（特許法第29条第１項第３号）に該当するかどうかについて論述する必要がある。その際には、Ａが本件論文の内容について守秘義務を課した場合とそうでない場合とで差異が生じるかについて論述することが望まれる。

さらに、先使用の抗弁については、発明の実施である「事業の準備」（特許法第79条）の意義及び先使用権の効力の及ぶ範囲（最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁〔ウォーキングビーム式加熱炉事件〕参照）の理解を問うものである。具体的には、製造販売されている現製品（携帯電話β）が出願前に製造された試作品（携帯電話α）の「一部改良品」である点の分析評価が重要であり、試作品の製造及び現製品の設計図面の作成をもって、試作品又は現製品につき「事業の準備」があったといえるかどうか、仮に試作品につき先使用権が成立するとした場合、その効力が現製品に及ぶかどうかといった点を論述する必要がある。

権利行使の制限の抗弁及び先使用の抗弁の成否については、事実関係の分析評価を的確に行い、論理一貫した説得力ある論述がされていれば、結論はいずれでもよい。そして、上記抗弁のいずれかが成立するという立場をとれば、甲の各請求はいずれも認められず、一方で、いずれも成立しないという立場をとれば、甲の各請求は、消滅時効の抗弁により請求できない部分を除き、認められることとなる。

【コメント】

	甲	乙
平成12年１月		Ａが本件論文を私的研究会で交付
平成12年２月		知人Ａから本件論文のコピーを入手
本件発明の特許出願時までに		試作品αを製造→販売に至らず
同　上		αを一部改良したβの設計図面を作成
平成12年７月	本件発明を特許出願	
平成12年10月		βの製造販売開始→現在も継続
平成14年１月	本件発明について出願公開	
平成14年２月	βについて警告書面を乙に送付	
平成15年１月20日	本件発明について特許権設定登録	
平成19年５月16日（現在）		

- 出願公開後の補償金請求権について　論点❼
- 時効について　Ⅰ８⑷(ウ)（59頁）
- 権利行使制限の抗弁について　論点㉑
- 新規性について　論点❷
- 先使用の抗弁について　論点⓰

平成18年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006523.pdf 〉14頁

〔第１問〕（配点：50）

Ｘは、糖尿病のインシュリン治療等に使用される注射器や注射方法に関する研究開発の結果、注射液の調整方法についての発明（以下「Ｘ発明」という。）をし、Ｘ発明について特許権（以下「Ｘ特許権」という。）を有している。Ｘ発明は、注射器内に二つの室を設け、薬剤を一方の室に、薬剤を溶解する液体を他方の室にそれぞれ分離収納し、注射する際に、注射器を操作して、薬剤を収納した室に薬剤を溶解する液体をゆっくりと流入させることによって敏感な薬剤(注)を簡易に調整する注射液の調整方法に関するものである。

Ｘ発明は、薬剤を収納した室に薬剤を溶解する液体を流入させて注射液を調整する際に「注射器がその注射針部分を上にしてほぼ垂直に保持された状態」にすることを構成要件の一つ（以下「構成要件Ａ」という。）としている。

Ｙは、薬剤とこれを溶解する液体とを二つの室にそれぞれ分離収納した注射器（以下「Ｙ注射器」という。）を製造し、医師向けに販売している。Ｙ注射器には、「注射器がその注射針部分を水平からやや上向きにして保持された状態」で注射液の調整を行うことを指示する取扱説明書が付されており、医師はこの指示どおりにＹ注射器を使用している。

Ｙ注射器を用いた注射液の調整方法は、構成要件Ａを除くＸ発明の他の構成要件のすべてを充足する。ＹがＹ注射器に上記取扱説明書を付したのは、以前に注射器を垂直に近い状態に保持して注射液の調整を行うことを指示していたところ、ＸからＸ特許権を侵害するという警告を受けたためであるが、Ｙ注射器を用いて上記取扱説明書に従って調整作業を行っても特段の不都合は生じていない。

以上の事実関係を前提として、以下の各設問に答えよ。

１．Ｘ発明の構成要件Ａの技術的意義が、注射液を調整する際に針先から液が漏れないようにする点にあり、薬剤を収納した室に液体を流入させることには関係しないものであるとき、Ｙの行為は、どのような場合にＸ特許権の侵害となるか。

２．Ｘ発明の構成要件Ａが、出願当初の特許請求の範囲には記載されておらず、拒絶理由通知を受けてされた補正により付加されたものであった場合において、構成要件Ａが、①拒絶理由通知における拒絶理由を回避するために付加されたものであったときと、②拒絶理由を回避するために付加されたものではなかったときとで、ＹによるＸ特許権の侵害の成否につき差異を生じるか。

３．①上記の事実関係のようにＹ注射器を使用するのが医師である場合と、②Ｙ注射器を使用するのが専ら患者本人である場合とで、ＹによるＸ特許権の侵害の成否につき差異を生じるか。

（注）　薬剤の中には、機械的な力が加わることで品質が劣化したり、溶解したときに変性する傾向があるものが存在する。ここでは、このような薬剤を「敏感な薬剤」と呼ぶ。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006356.pdf 〉７頁

〔第１問〕

１．は、均等論（最判平成10年２月24日民集52巻１号113頁〔ボールスプライン事件〕参照）及び間接侵害（特許法第101条第３号・第４号）に関する理解を問うものである。

Ｘ発明は注射液の調整方法に関する方法の発明であるが、Ｙ注射器を用いた注射液の調整方法はＸ発明の構成要件のすべてを充足せず、また、方法の発明の「実施」の点から、Ｙ注射器を製造販売するＹの行為は直接侵害を構成するものではない。そのため、Ｙの行為がＸ特許権の侵害となる場合として、Ｘ発明と均等な方法の使用に用いる物の製造販売による間接侵害の成否が問題となり、本問の事実関係においてこの問題を論じることが求められる。

２．は、補正と均等論の適用との関係に関する理解を問うものである。前掲最高裁判決における均等論の第５要件（「対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事

情もないとき」）が充足されるか否かにつき、補正が拒絶理由を回避するためになされた場合とそうでない場合とで差異を生じるかどうかについて論じることが求められる。

3．は、間接侵害の成立に直接侵害の存在が前提とされるか否かという点を問題とするものである。Y注射器を使用するのが専ら患者本人である場合には、その使用は「業として」の実施（特許法第68条）に当たらないため、直接侵害が存在しないこととなるが、この場合に間接侵害が成立するかどうかについて論じることが求められる。

【コメント】

X発明の構成要件A「注射器がその注射針部分を上にしてほぼ垂直に保持された状態」

Y注射器の使用方法「注射器がその注射針部分を水平からやや上向きにして保持された状態」

- 事案について　大阪地判平11・5・27判時1685号103頁、大阪高判平13・4・19｛平11(ネ)2198号｝
- 均等論について　論点⓬
- 間接侵害について　論点⓳
- 補正と均等論について　東京地判平11・6・30判時1696号149頁、大阪地判平12・5・23｛平7(ワ)1110号｝

≪著作権法≫

平成23年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000073975.pdf 〉15頁

〔第2問〕（配点：50）

コンピュータ用ゲームソフト製作会社であるAは、新しい恋愛シミュレーションゲームの開発プロジェクトを開始することを決定し、フリーのゲームクリエイターであるBにこのプロジェクトに参加することを要請した。Bは、この要請を受け入れ、Aの施設内でこの開発作業に従事することになった。そして、Bは、Aの従業員であるCと共同して、ゲームソフトαを作成した。αの内容は、ゲームを行う主人公（プレイヤー）が架空の高等学校の生徒となって、設定された登場人物の中から憧れの生徒を選択し、卒業式の当日に、この生徒から愛の告白を受けることを目指して、それにふさわしい能力を備えるための努力を積み重ねるというものである。αにおいては、プレイヤーの能力値として9種類のパラメータの初期値が設定されている。そして、プレイヤーが選択できるコマンドがあらかじめ設定されるとともに、コマンドの選択により上昇するパラメータと下降するパラメータとが連動するように設定されており、プレイヤーが到達したパラメータの数値いかんにより、憧れの生徒から愛の告白を受けることができるか否かが決定される。αにおいては、初期設定の主人公の能力値からスタートし、憧れの生徒から愛の告白を受けることを目標として主人公自身の能力を向上させていくことが中核となるストーリーであり、その過程で主人公の能力値の達成度等に応じて他の生徒との出会いがあるという設定となっており、そのストーリーは、一定の条件下に一定の範囲内で展開されるものである。

Aは、αを収納したDVDを販売しており、αには、複製防止手段を施している。しかしながら、このDVDを購入したDは、αに施された複製防止手段を回避することにより、αを複製し、その複製物を収納したDVDを販

売しており、また、αをインターネット上に開設された自己のウェブサイトに掲載した。

Ｄの販売するDVDを購入したＥからこれを借り受けたその友人Ｆは、αを自己の有する空のDVDにダビングした。Ｇは、Ｄのウェブサイトにアクセスし、そこに掲載されたαを自己のパソコン内のハードディスクにダウンロードした。Ｆ及びＧは、それぞれの自宅においてαをプレイしている。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

1．Ａは、Ｆ及びＧに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。また、Ｂは、Ｆ及びＧに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。

2．Ｈは、αで使用されるパラメータがデータとして収められているメモリーカードβを販売している。βのデータを使用すると、入学直後の時点でパラメータのほとんどが極めて高い数値となり、これが憧れの生徒に合った達成度でプレイすることができるような数値である結果、入学当初から本来は登場し得ない生徒が登場する。また、ゲームスタート時点が卒業間近の時点に飛び、その時点でパラメータの数値が本来ならばあり得ない高数値に置き換えられ、必ず憧れの生徒から愛の告白を受けることもできるようになっている。Ｆ及びＧは、Ｈの販売するβを購入し、これを用いて自宅においてαをプレイしている。

この場合、Ａは、Ｆ、Ｇ及びＨに対して、どのような請求をすることができるか。

設問の趣旨

〔第２問〕〈 http://www.moj.go.jp/content/000079571.pdf 〉18頁

設問１は、著作権法第30条第１項が定める私的使用のための複製に関する問題の理解を問うものであり、設問２は、コンピュータ用ゲームソフトで使用されるパラメータがデータとして収められているメモリーカードの使用に

よる、同ゲームソフトについての同一性保持権等の侵害及びその侵害主体に関する問題の理解を問うものである。

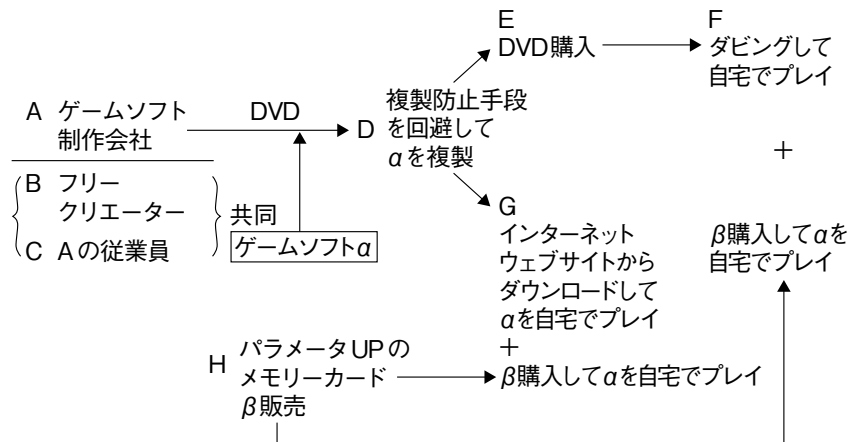
設問１においては、まず、Ａ及びＢがどのような権利を有するかを検討する必要がある。ゲームソフトαはＢとＣが共同で作成したものであり、ＣはＡの従業員であることから、Ｃに関しては、職務著作（著作権法第15条）の成否について論述することが求められる。Ｂに関しても職務著作の成否について論じることが適切であり、職務著作が成立しないとした場合、ゲームソフトαが（プログラムの著作物であるほかに）映画の著作物であるときには、映画製作者への著作権の帰属を定める著作権法第29条第１項の適用に関して論じることが求められる。

次に、Ｆ及びＧの行為が、Ａ及びＢの有する権利の侵害となり、Ａ及びＢがどのような請求をすることができるかについて検討する必要がある。Ｆ及びＧは、いずれもゲームソフトαを複製したが、それぞれの自宅においてαをプレイしている。もっとも、Ｄが、Ａがゲームソフトαに施した複製防止手段を回避することにより、αを複製し、また、αをインターネット上に開設された自己のウェブサイトに掲載したという事情があった。そのため、Ｆ及びＧの行為については、著作権法第30条第１項第２号・第３号に該当するかどうかについて論述することが求められる。

設問２においては、関連する２つの問題、すなわち、Ａの有するどのような権利が侵害されるか、及びその侵害の主体は誰かを検討しなければならない。いずれの問題についても、メモリーカードの使用がゲームソフトを改変し、同一性保持権の侵害となることを認め、メモリーカードの輸入販売業者に損害賠償責任を負わせた最高裁判所の判決（最判平成13年２月13日民集55巻１号87頁）を踏まえた検討をする必要がある。

Ａの権利侵害に関しては、同一性保持権等の侵害が認められるとすると、それはどのような点に基づくものであるかについて論述することが求められる。また、侵害主体に関しては、Ｆ、Ｇ又はＨのいずれが侵害行為を行う主体であるのか、物理的に侵害行為を行わない者の侵害主体性を認めることが

できるか、また、侵害主体とならない者に対してどのような請求をすることができるか等の問題について論述することが求められる。

【コメント】

1．B、Cの職務著作の要件について　論点14
- フリークリエイターBの参加約束について　論点4　（〔グッドバイ・キャロル事件〕知財高判平18・9・13判時1956号148頁・著百選37事件）
- Dの技術的保護手段の回避による複製、Fのダビング、Gのダウンロードと30条1項2号、3号について　概要Ⅰ 7(1)（200頁〜201頁）

2．〔ときめきメモリアル事件〕最三小判平13・2・13民集55巻1号87頁・著百選82事件参照。
- 同一性保持権侵害について　論点15
- 侵害行為主体について　論点17

平成22年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000046907.pdf 〉15頁

〔第2問〕（配点：50）

Aは、Bとの間で、Bの製造する物質分析器に組み込むプログラムの開発に関し、Aが開発するプログラムについてのすべての著作権をBが有し、当該プログラムにその著作者名としてBを表示することを内容とする契約（以下「本件契約」という。）を締結した。そして、Aは、その従業員であるCに物質分析器に組み込むプログラム（以下「αプログラム」という。）を作成させ、これをBに納入した。αプログラムには、本件契約に従い、Bがその著作者として表示されていた。Bは、αプログラムを組み込んだ物質分析器（以下「α製品」という。）を製造し販売した。Dは、α製品を購入し、これを物質分析器を使用することを欲する者に賃貸する営業を行っている。

その後、Bは、α製品の機能向上のために、Aに無断で、Bの従業員であるEにαプログラムを改変したプログラム（以下「βプログラム」という。）を作成させて、βプログラムを組み込んだ物質分析器（以下「β製品」という。）を製造し販売している。Bの子会社であるFは、Bからβ製品を購入し、新製品の開発のためにこれを使用している。

以上の事実関係を前提として、以下の設問に答えよ。

〔設問〕

1．AはBに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。

2．Aは、著作権法に基づき、Fに対して差止請求をするために、どのような主張をすべきか。

3．BはDに対して、著作権法に基づき、どのような請求をすることができるか。

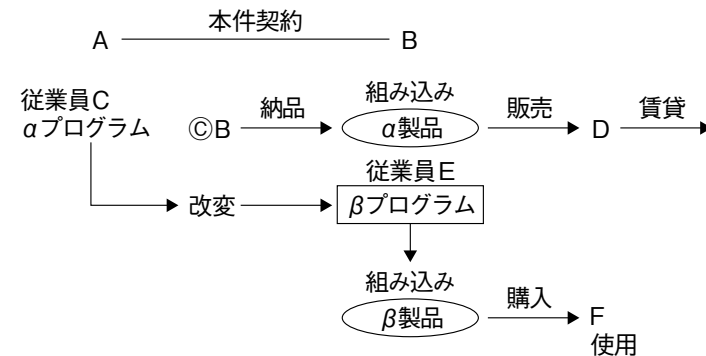
設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000054317.pdf 〉13頁

〔第2問〕

設問１は、αプログラムについてＡが有する権利に関して論じた上で、ＡがＢに対して、いかなる権利の侵害に基づいて、どのような請求をすることができるかについて論述させるものである。Ａが有する権利に関しては、職務著作の成否（著作権法第15条第２項）及び著作権法第61条第２項の推定について検討する必要がある。前者については、対象となる著作物がプログラムの著作物であって、著作権法第15条第１項ではなく、同条第２項が適用されるため、本件契約においてＡが開発するプログラムにその著作者名としてＢを表示する旨が定められていることがＡの職務著作の成立にとって問題とならないことに注意しなければならない。後者については、裁判例では、著作権を譲渡する契約においてすべての著作権を譲渡する旨が定められているだけでは、著作権法第61条第２項の「特掲」があったとは解されていないのであり、そのため、本件契約において「Ａが開発するプログラムについてのすべての著作権をＢが有」する旨が定められていることから、直ちに同項の推定が否定されることにならないことに注意しなければならない。また、Ｂによって侵害されるＡの権利としては、同一性保持権（著作権法第20条）等の著作者人格権、並びに、上記推定が覆滅しない場合に、翻案権（同法第27条）及び二次的著作物の利用に関する原著作者の権利（同法第28条）が問題となろう。

設問２は、βプログラムを組み込んだβ製品を新製品の開発のために使用するＦに対して、Ａが差止請求をするために行うべき主張について論じさせるものである。Ｆの行為については、著作権法第113条第２項の適用が問題となり得るのであるから、その要件に関して本問の事実関係に即して的確に記述することが求められる。

設問３は、プログラムの著作物についての貸与権（著作権法第26条の３）の及ぶ範囲を問うものである。工業製品の貸与行為に対して、当該製品に組み込まれたプログラムの著作物についての貸与権が常に及ぶとすることは円滑な流通を阻害するおそれがあることを踏まえて、Ｂが、αプログラムを組み込んだα製品の賃貸業を営むＤに対して、αプログラムについての貸与権の侵害を主張することができるかどうかについて論述することが求められる。

【コメント】

１．プログラムの職務著作について　論点14

著作権の譲渡（61条２項の推定）について　概説Ｉ８⑵（204頁）

２．同一性保持権侵害の特例について　論点5、翻案権　論点7、原著作者の権利　論点9、侵害プログラム等の業務上の使用（113条２項）等について　論点10

３．貸与権について　概説Ｉ５⑵㈷（194頁〜195頁）

平成21年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006457.pdf 〉17頁

〔第２問〕（配点：50）

アニメーションのキャラクターデザイナーである甲は、戯れに思い付いたキャラクターの容姿を描いた絵画Ａを作成した。甲は、絵画Ａを友人である乙に見せたところ、乙が欲しいと言ったので、他人に譲渡しないこと及び他人に見せないことを条件に、乙にこれを贈与した。しかしながら、その後、乙は、借金に困り、その返済のために絵画Ａを売ろうと考え、知り合い十数名にこれを見せた。そして、乙は、そのうちの丙に絵画Ａを売却した。丙は、絵画Ａに描かれたキャラクターが気に入り、そのキャラクターの彫刻Ｂを作成し、これを自らが経営する玩具店の店内に置いた。その際、丙は、乙が絵画Ａは自分が作成したと言ったことを信じ、乙の承諾のみを受けた。丁市の市民公園の担当者は、子供が喜びそうな彫刻を探していたところ、偶然に丙の玩具店において彫刻Ｂを見て、これが適当であると考えた。そこで、丁市は、丙から彫刻Ｂを購入し、その市民公園内にこれを設置した。映画製作者である戊は、丁市を中心にストーリーが展開する映画Ｃを製作し、そのDVDを販売している。映画Ｃのラストシーン約１分間は、丁市の市民公園を舞台としたもので、そのうちの10秒程度に彫刻Ｂが写っている。

以上の事実関係を前提に、以下の各設問に答えよ。

〔設問１〕

１．甲は、乙に対して、著作権法上どのような請求をすることができるか。

２．甲は、丙に対して、著作権法上どのような請求をすることができるか。

〔設問２〕

１．甲は、映画ＣのDVDを販売する戊の行為が甲の有する著作権を侵害することを理由として、戊に対して、その行為の差止めを請求するために、どのような主張をすべきか。

２．前記１の甲の主張に対する戊の反論として、どのようなものが考えられるか。

３．前記２の戊の反論に対する甲の再反論として、どのようなものが考えられるか。

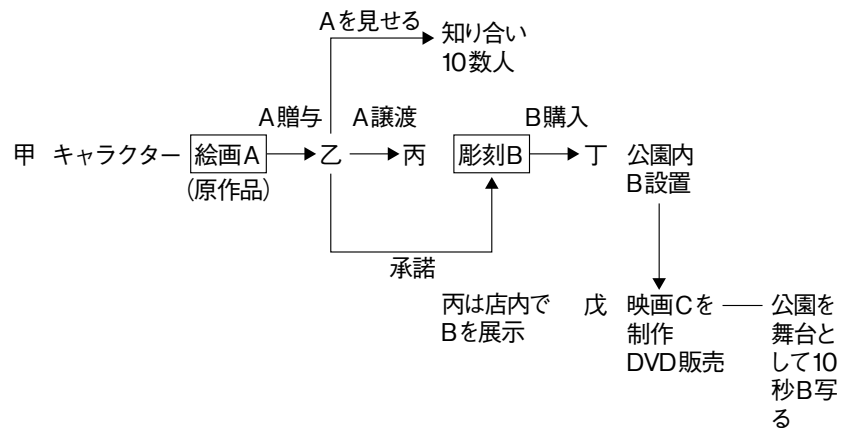
設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006469.pdf 〉12頁

〔第２問〕

設問１は、甲が作成した絵画Ａの贈与を受けて、これを知り合い十数名に見せ、そのうちの丙に売却した乙に対する甲の請求を、また、絵画Ａに描かれたキャラクターの彫刻Ｂを作成し、これを自らが経営する玩具店の店内に置き、丁市に譲渡した丙に対する甲の請求を問うものであり、甲が乙及び丙に対していかなる権利の侵害に基づいてどのような請求をすることが可能であるかを論述させるものである。乙の行為により侵害される権利としては、公表権、譲渡権等が問題となる。公表権に関しては、乙の行為が「著作物でまだ公表されていないもの・・・を公衆に提供し、又は提示する」（著作権法第18条第１項）ものに当たるかどうかや、甲と乙との間の他人に見せない旨の合意と著作権法第18条第２項第２号との関係を論じる必要がある。譲渡権に関しては、乙の行為が著作物の「原作品又は複製物・・・の譲渡により公衆に提供する」（著作権法第26条の２第１項）ものに当たるかどうか、著作権法第26条の２第２項第３号に該当するものの譲渡に当たるかどうか、甲と乙との間の他人に譲渡しない旨の合意が同号の適用に影響を与えるかどうかを論じる必要がある。丙の行為により侵害される権利としては、翻案権、展示権、譲渡権、同一性保持権、公表権等が問題となる。翻案権に関しては、彫刻Ｂの作成が翻案に当たる場合について論述することが求められる。彫刻Ｂの作成が翻案に当たるとした場合、彫刻Ｂが絵画Ａの二次的著作物となることから、展示権、譲渡権については、同法第28条、公表権については、同法第18条第１項後段に言及することとなろう。そして、乙及び丙に対する請求として、差止請求や損害賠償請求が可能であるかどうかについて論じる必要がある。

設問２は、甲と、ラストシーンの10秒程度に彫刻Ｂが写っている映画Ｃの

DVDを販売している戊との間の法律関係を問うものである。まず、著作権の侵害を理由とする甲の戊に対する差止請求の主張に関しては、頒布権（著作権法第26条第２項）の侵害等を論述することが求められる。次に、甲の主張に対する戊の反論及び戊の反論に対する甲の再反論に関しては、戊の行為と著作権法第46条との関係（二次的著作物が「屋外の場所に恒常的に設置されている」場合における原著作物についての著作権に対する同条の適用や同条第４号の該当性）、映画Ｃに彫刻Ｂが写っていることが著作物の複製に当たるかどうか等について検討する必要がある。

【コメント】

〔設問１〕

・公表の同意の推定（18条２項２号）について　概説Ⅰ５⑴㈠（184頁～185頁）

・翻案について　論点❼

・原著作者の権利について　論点❾

・譲渡権の消尽（26条の２第２項３号）および113条の２による善意無過失者保護の適用について　概説Ⅰ５⑵㈠（193頁～194頁）および〔トントゥ人形事件〕（東京地判平14・１・31判時1818号165頁）

〔設問２〕

甲⇄戊：頒布権について　著作権の概説Ⅰ５⑵㈣（191頁～193頁）　論点❽

公開の美術の著作物等の利用について　論点⓫

平成20年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006417.pdf 〉17頁

〔第２問〕（配点：50）

以下の事実関係を前提として，後記の設問に答えよ。

【事実関係】

北国のＡ市で生まれ育った甲は，子供のころから小説家になることを夢見て，中学生及び高校生の時に計30編の小説を執筆し，文学に関心を持つ友人と一緒に作成していた同人誌に掲載した。当該同人誌は，中学校及び高校のクラスメートに無料で配布された。甲は，高校卒業後，上京して作家となり，多くの有名な小説を発表した。

甲がＡ市に住んでいたころに書いた小説は世間から注目されていなかったが，甲のファンである乙は，多大の労力と時間を掛けて，それらの小説が掲載された同人誌を収集した。そして，乙は，それらの小説の中から，甲の文学的才能を示すものと評価した15編の小説を選び，その選んだ小説を，甲が作家になった後に執筆した各小説との関連性の観点から分類して収録した「Ａ市時代の甲小説集」を作成し，出版した（以下「乙書籍」といい，これに収録された15編の小説を「乙書籍収録小説」という。）。もっとも，乙は，乙書籍収録小説について，甲が執筆したそのままの形で乙書籍に収録したのではなく，誤記と思われる数か所の送り仮名を変更し，また，今では余り用いられず多くの人にとって意味が分からなくなった数個の言葉を同様の意味を有する現代語に入れ替えた。

丙は，乙書籍を読んで，乙書籍収録小説に感銘を受けたが，甲が若いころから有していた文学的才能を明らかにするには，乙書籍の並べ方は適当ではないと思い，乙書籍収録小説を並び替えて収録した「甲青少年期作品集」を作成し，出版した（以下「丙書籍」という。）。丙は，乙書籍における乙書籍収録小説をそのまま丙書籍に収録したが，乙が乙書籍収録小説に変更等を施したことは知らなかった。

Ａ市立図書館は，乙書籍及び丙書籍を購入し，それらをＡ市民に貸し出し

ている。

〔設問〕

１．甲は，乙に対して，どのような請求をすることができるか。

２．甲は，丙に対して，どのような請求をすることができるか。

３．甲は，Ａ市に対して，どのような請求をすることができるか。

４．乙は，丙に対して，どのような請求をすることができるか。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006426.pdf 〉11頁

〔第２問〕

設問１は，甲が執筆し，同人誌に掲載した計30編の小説の中から選んだ15編のものを，一部変更を施した上で収録した乙書籍を作成し出版した乙に対する甲の請求を，また，設問２は，乙書籍に収録された甲の小説を収録した丙書籍を作成し出版した丙に対する甲の請求を問うものであり，甲が乙及び丙に対していかなる権利の侵害に基づいてどのような請求をすることが可能であるかを論述しなければならない。侵害される権利としては，複製権，譲渡権，公表権，同一性保持権等が問題となる。公表権の侵害については，甲の小説が，「まだ公表されていないもの」（著作権法第18条第１項）であるかどうか，すなわち，同人誌に掲載され，クラスメートに配布されたことにより，「発行」（著作権法第３条第１項）されたものになることはないかどうかを論じる必要がある。同一性保持権の侵害については，乙が甲の小説に施した変更が，意に反する改変となることを示した上で，「やむを得ないと認められる改変」（著作権法第20条第２項第４号）に当たるかどうかを論述することが求められる。また，乙による変更に関して，改変された甲の小説を複製し譲渡する行為に対して，その行為が同一性保持権を侵害するかどうかの点を含め，甲がどのような請求をすることができるかを論述することが求められる。設問３及び設問４には，これに類似する論点が含まれている。

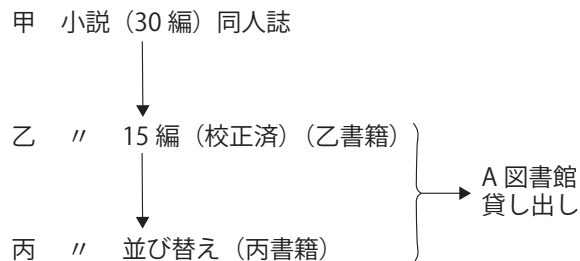
設問３では，甲の小説を収録した乙書籍及び丙書籍をＡ市民に貸し出しているＡ市立図書館が甲のいかなる権利を侵害し，甲がＡ市に対してどのよう

な請求をすることが可能であるかを論述しなければならない。A市立図書館による貸出しには貸与権が働くが、その侵害の成否については、著作権法第38条第4項の適用の有無を論じる必要がある。甲の小説が「公表された著作物」に当たらない場合には、同項は適用されず、また、公表権の侵害も問題となることとなる。

設問4は、乙書籍に収録された甲の15編の小説を並び替えて収録した丙書籍を作成し出版した丙に対する乙の請求を問うものであり、乙書籍が乙の著作物であり、丙が乙の権利を侵害するかどうかを論述することが求められる。乙書籍の著作物性については、甲の小説の選択又は配列によって創作性を有し、編集著作物であるかどうかが問題となり、丙による侵害の成否については、乙書籍における選択又は配列による創作性が利用されたかどうかが問題となる。

【コメント】

甲　小説（30編）同人誌
↓
乙　〃　15編（校正済）（乙書籍）
↓
丙　〃　並び替え（丙書籍）

（乙書籍・丙書籍）→ A図書館貸し出し

・18条1項括弧書の未公表著作物について　I 5(1)(ア)（184頁）
・同一性保持権について　論点15
・貸与権の適用除外（38条4項）について　概要I 5(2)(ケ)（194頁〜195頁）（平成16年法律第92号附則4条）
・編集著作物について　論点6

平成19年度

問題　〈http://www.moj.go.jp/content/000006377.pdf〉17頁

〔第2問〕（配点：50）

以下の事実関係を前提として、後記の設問に答えよ。なお、著作者人格権に関しては論じる必要はない。

【事実関係】

甲は、小説Aを執筆し出版した。これは、甲が数年暮らした外国を舞台に、外国人の若い男女を主人公とした恋愛小説であった。甲は、小説Aを演劇として上演することを計画し、その脚色を乙と丙に依頼し、乙と丙は、これを受けて、共同して小説Aを脚色し、脚本Bを執筆した。

作家志望の丁は、小説の書き方の勉強のために、小説Aを基にして、ストーリー展開と登場人物の性格設定を同様なものとしつつ、舞台を日本とし、主人公を日本人の若い男女に置き換えた小説Cを執筆した。

同じく作家志望の戊も、小説の書き方の勉強のために、小説Aの続編として、主な登場人物をそのまま登場させ、主人公のその後の人生を描く小説Dを執筆した。

〔設　問〕

1．乙は、甲の上演計画が頓挫したことから、自らが代表者である劇団に脚本Bに基づいて演劇Eを演じさせ、これを録音録画したDVDを販売したいと考えている。この場合、乙は、甲と丙の承諾を得ることが必要か。

2．丁は、小説Cが一般の人にどのように評価されるかを知りたくなり、これを、自らがボランティアで行っている小説等の無料朗読会において朗読した。この場合、甲は、丁に対して、どのような請求をすることができるか。

3．戊は、小説Dの出来栄えに満足し、多くの人に読んでもらうために、これを、自らがインターネット上に開設したホームページに掲載した。この場合、甲は、戊に対して、どのような請求をすることができるか。

設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006385.pdf 〉10頁

〔第２問〕

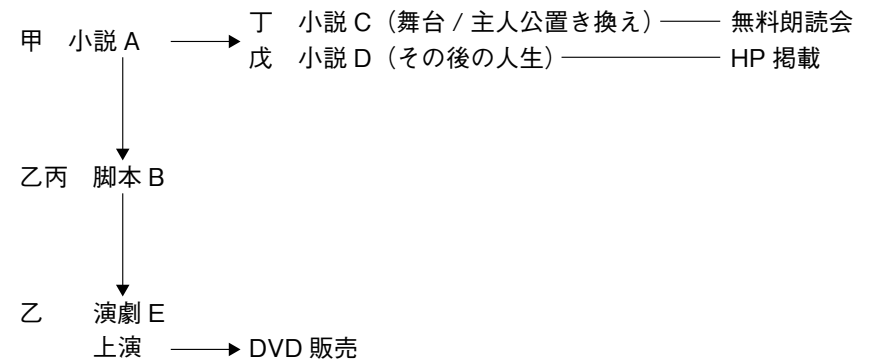
本問は、主として、他人の著作物に基づいて作成された作品の利用が著作権の侵害となる場合に関する理解を問うものであり、とりわけ、作品がどのような場合に他人の著作物を原著作物とする二次的著作物となるか、また、作品の利用が著作権を侵害するとすれば、いかなる支分権を侵害するかについて、問題文から読み取れる事実関係に即して具体的に論述することが求められる。

設問１では、脚本Ｂが、小説Ａを原著作物とする二次的著作物であり、乙と丙を著作者とする共同著作物であること、それゆえに、その利用について甲の承諾（著作権法第28条）及び丙の承諾（著作権法第65条第２項）を得ることが必要となることを論じた上で、①脚本Ｂに基づいて演劇Ｅを演じさせること、②その録音録画、③録音録画したDVDの販売につき、いかなる支分権が働くかを論述しなければならない。①については上演権（著作権法第22条）、②については複製権（著作権法第21条、第２条第１項第15号イ）、③については譲渡権（著作権法第26条の２第１項）等が問題となる。

設問２では、まず、小説Ｃが小説Ａを原著作物とする二次的著作物となるかを検討する必要がある。次に、小説Ｃが二次的著作物となる場合に、その朗読に口述権（著作権法第24条、第28条）が働くこと、その朗読が私的使用目的で作成された二次的著作物の複製物（著作権法第30条第１項、第43条第１号）の目的外使用としての「公衆に提示」（著作権法第49条第２項第１号）に該当し、小説Ａにつき翻案を行ったものとみなされること、及び著作権法第38条第１項の適用の有無について論じた上で、口述権及び翻案権（著作権法第27条）の侵害が成立するか否か、そして、侵害が成立する場合に、甲は丁に対して具体的にどのような請求をすることができるかを論述しなければならない。

設問３では、まず、小説Ｄがどのような場合に小説Ａを原著作物とする二次的著作物となり、あるいは独立の著作物となるかを検討し、次に、小説Ｄが二次的著作物となる場合に、そのホームページへの掲載がいかなる支分権を侵害するかについて論じた上で、甲は戊に対して具体的にどのような請求をすることができるかを論述しなければならない。侵害される支分権としては、複製権、公衆送信権（著作権法第23条第１項）とともに、設問２と同様に、目的外使用としての公衆への提示により、翻案権が問題となる。

【コメント】

甲　小説Ａ ──→ 丁　小説Ｃ（舞台／主人公置き換え）── 無料朗読会
　　　　　　　　戊　小説Ｄ（その後の人生）── HP 掲載
↓
乙丙　脚本Ｂ
↓
乙　演劇Ｅ
　　上演 ──→ DVD 販売

- 著作物および著作権の支分権について　概要Ⅰ３⑴（173頁）および５（183頁〜196頁）参照
- 翻案権について　論点7
- 原著作者の権利について　論点9
- 二次的著作物の著作権の制限について　論点11
- 共同著作者について　論点12

平成18年度

問題　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006523.pdf 〉15頁

〔第２問〕（配点：50）

出版社Ａは、その発行する美術雑誌に新作美術作品の紹介記事を連載しているところ、職業写真家である甲に対し、同美術雑誌の次号の記事で紹介する作品の写真を撮影することを依頼した。その際、甲はＡから、撮影する作品は日本の伝統芸能の一つである浄瑠璃芝居に用いられる文楽人形αであり、文楽人形細工師乙が創作した新作品であること、乙は文楽人形αが写真撮影されることを承諾して撮影への協力を引き受けたこと、写真の掲載に当たっては写真撮影者の表示はしないこと、写真原版は雑誌発行後に甲に返還することについて説明を受け、甲は写真撮影を承諾した。そして、甲は、写真βを撮影し、その写真原版をＡに引き渡した。

写真βは、文楽舞台において、衣装等を着けて鼓を持たせた文楽人形αを斜めから撮影したカラー写真であり、乙は、衣装等をつけた文楽人形αと鼓を撮影現場に持参し、自ら人形を操作してそのポーズを決め、甲は、写真構図、採光、露光、シャッタースピード等を決めてシャッターを切ったものである。

出版社Ａは、写真βを文楽人形α及び乙の紹介記事とともに掲載（写真撮影者の表示はない。）した美術雑誌を発行した。その後、Ａは、経営不振のため美術雑誌の発行を継続することができなくなり、写真βの写真原版は甲に返還されないままとなっていた。

商業用カレンダーの製作を業とする会社丙は、出版社Ａからその保有するすべての写真原版を買い受けたところ、その中に写真βの写真原版があったことから、これを顧客に配布する自社のカレンダー用の写真として利用することとした。その際、丙は、自社のカレンダー仕様に合わせるために写真βの左右の２辺を一部削除したので、その背景の一部がカットされた。丙はこの写真を自社の来年度のカレンダーに掲載した。

甲及び乙は、それぞれ丙に対して、著作権法上いかなる法的主張が可能か。

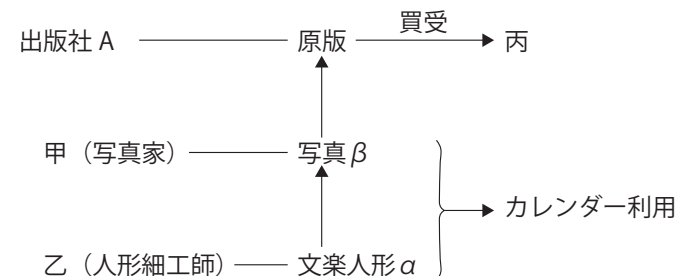
設問の趣旨　〈 http://www.moj.go.jp/content/000006356.pdf 〉８頁

〔第２問〕

本問は、美術雑誌に掲載された文楽人形αを撮影した写真βを一部削除した上でカレンダーに掲載した丙に対する甲及び乙の著作権法上の法的主張を問うものであり、以下の点について論述した上で、結論として、甲及び乙が丙に対してどのような権利に基づいていかなる請求をすることが可能であるかを明示することが求められる。

まず、甲及び乙が文楽人形α及び写真βについて著作権・著作者人格権を有するかどうかを明らかにしなければならず、そのために、文楽人形α及び写真βのそれぞれについて、著作物性の有無、著作物である場合の著作者・著作権者につき論じなければならない。写真βに関しては、特に、その著作物性を判断する際に考慮すべき要素との関連において写真被写体の作出に関与した乙の行為を検討することにより、甲の単独著作物であるか又は甲と乙の共同著作物であるかという点を論じることが求められる。

次に、甲及び乙が有するどのような権利が、丙の行為によって侵害されるかを論じなければならない。甲に関しては、写真βについての複製権、譲渡権、同一性保持権及び氏名表示権の侵害の有無につき論述することが求められる。乙に関しては、文楽人形α及び写真βについての複製権、譲渡権、同一性保持権及び氏名表示権の侵害の有無につき論述することが求められる。

【コメント】

・著作物性（創作性）について　論点1
・写真の著作物について　論点3
・共同著作物について　論点12
・複製権について　論点7
・譲渡権について　概要Ⅰ５(2)(ク)（193頁〜194頁）
・同一性保持権について　論点15
・氏名表示権について　概要Ⅰ５(1)(イ)（185頁）

特別版PDF作成
特 許 法：松葉栄治
著作権法：林いづみ

実務　知的財産法講義〔新版〕特別版PDF

平成24年４月12日　第１版公開

（非売品）

編著者　末吉　亙
発　行　株式会社　民事法研究会

発行所　株式会社　民事法研究会
〒150−0013　東京都渋谷区恵比寿３−７−16
〔営業〕　☎03−5798−7257　FAX03−5798−7258
〔編集〕　☎03−5798−7277　FAX03−5798−7278
http://www.minjiho.com/　　info@minjiho.com

組版／民事法研究会（Windows7 64bit+EdicolorVer9+MotoyaFont+Acrobat etc.）